

N. 01141/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01127/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1127 del 2014, proposto da:

Terramica Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Onofri e Carlo Antonio Ghirardi, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via V. Eman. II,1 (Fax=030/3757590);

contro

Bresciatourism Soc. Cons. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso lo stesso in Brescia, via XX Settembre, 8;

nei confronti di

Ellisse Srl, n.c.;

per l'annullamento

del verbale del Consiglio di Amministrazione in data 15/7/2014, con il quale è stato affidato l'incarico della realizzazione, stampa e distribuzione del Bresciatourism Guest Book, nonché del verbale 31 marzo 2014 di apertura delle buste;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bresciatourism Soc. Cons. A R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2014 il dott. Giorgio Calderoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Questi i fatti di causa, così come risultanti dalla documentazione versata in giudizio da entrambe le parti costituite:

a) l'intimata Bresciatourism è una Società consortile a responsabilità limitata costituita *ex art. 2615-ter c.c.*, (art. 1 dello Statuto), avente ad oggetto la promozione del sistema turistico della provincia di Brescia (art. 4 Statuto) e della quale possono essere soci - oltre a soggetti privati - Enti pubblici economici, Enti pubblici territoriali, Enti di ricerca, Università e Istituti scolastici, Camere di commercio;

b) il sito della Società indica quali soci, tra gli altri, la CCIAA di Brescia, il Comune di Brescia e la Provincia di Brescia;

c) in data 29 dicembre 2009 veniva sottoscritta tra Bresciatourism e l'attuale ricorrente Terramica una scrittura privata, in cui la prima affidava alla seconda l'incarico di gestire, dietro corrispettivo, la realizzazione delle edizioni semestrali del Guest book da distribuire nelle più qualificate strutture ricettive della provincia nei mesi di maggio e ottobre, sino ad ottobre 2012, con eventuale rinnovo per altre 6 edizioni, salvo disdetta entro il 30 aprile 2012;

d) in data 10 febbraio 2014, il Consiglio di Amministrazione di Bresciatourism dava atto che:

- in data 26 aprile 2012 era stato disdetto il contratto con Terramica
- l'accordo era stato prorogato di un anno per motivi tecnici
- il 28.11.2013 il CdA aveva approvato l'appalto per le nuove edizioni

e deliberava l'indizione della relativa gara, inviando a più imprese specializzate una richiesta di preventivo;

e) detta richiesta di preventivo conteneva le informazioni generali relative alla pubblicazione (formato, pagine, uscite annue, numero di copie fissato in 20.000, distribuzione, raccolta pubblicitaria ecc.) e, premesso che Bresciatourism avrebbe concorso alla copertura dei costi con un contributo annuo di 18.000 euro, precisava:

- che le ditte invitate avrebbero dovuto presentare il preventivo, indicando "*nell'allegato modulo il prezzo richiesto per lo svolgimento del servizio rispetto all'importo base di euro 18.000*";

- e che detto preventivo sarebbe dovuto pervenire, in busta chiusa, entro e non oltre il 21 marzo 2014.

La richiesta si concludeva con la precisazione che *“per ogni necessità o informazione, gli uffici di Bresciatourism sono a disposizione”*;

f) come risulta dal successivo verbale di gara 31 marzo 2014 denominato *“analisi dei preventivi”*, delle nove ditte invitate (il cui elenco è ivi riportato), solo tre facevano pervenire la propria offerta e precisamente la ricorrente Terramica, HcO ed Ellisse s.r.l., quest’ultima quale capogruppo di Aske Network to Communicate.

Sempre in detto verbale, si legge che le buste sono state aperte *“alla presenza dei signori Massimo Ghidelli, Chiara Ceresoli, Elena Facchi, Stella Omenego e Roberto Ricca”*, con il seguente esito, rispetto all’ importo base di euro 18.000:

- HcO, euro 14.000;
- la ricorrente Terramica, euro 18.000;
- Ellisse Aske network, euro 0.

Il verbale si chiude con la proposta di affidare l’incarico alla ditta Ellisse srl, quale capogruppo del raggruppamento suindicato;

g) dopodiché e precisamente in data 11 aprile 2014, Terramica inviava a Bresciatourism una raccomandata A.R., anticipata via fax, avente ad oggetto *“Vostra richiesta di preventivo di spesa stampa del Guest Book del 20 febbraio u.s.”* e nella quale *“in riferimento alla richiesta di preventivo di cui in oggetto”*, proponeva *“un approccio alternativo e di sicuro interesse per la Vostra realtà”*.

La nota così testualmente proseguiva:

“Nell’ottica di fattiva collaborazione che negli anni ha contraddistinto il nostro rapporto ci rendiamo infatti disponibili a rivedere completamente la logica sottostante alla richiesta di preventivo, proponendovi una soluzione che ci veda impegnati non solo nella realizzazione e nella distribuzione del Guestbook così come abbiamo fatto fin dalla sua nascita, ma anche a riconoscervi un corrispettivo pari a 2.000 €+iva annui per poter continuare a commercializzare gli spazi pubblicitari in esso inseriti.

Ciò, oltretutto, atteso che le perdite causate alla nostra realtà dall’annullamento dei valori dell’investimento da noi effettuato, sarebbero di portata ben maggiore rispetto all’importo con il quale vi siete impegnati a concorrere alle spese di fornitura nella richiesta di preventivo di cui in oggetto.

Quanto sopra, per altro, prescindendo dalle modalità, anche formali, esplicitate nella richiesta di preventivo che ci avete trasmesso.

Certi che vorrete prender in debita considerazione la nostra proposta restiamo a Vostra disposizione per ogni chiarimento nonché, e comunque, in attesa di una Vostra rapida comunicazione in merito alla presente”;

h) con l’impugnato verbale 15 luglio 2014, il CdA di Bresciatourism prendeva in esame la diffida inviata il 2 luglio 2014 da Terramica e, valutata la non automatica rinnovabilità del precedente contratto con la medesima Terramica, deliberava l’affidamento alla rete di imprese Aske-Network

to Communicate, rappresentata da Ellisse srl, l'incarico della realizzazione, stampa e distribuzione della rivista Bresciatourism Guest Book, a partire da novembre 2014 e sino a novembre 2016, senza alcun onere a carico di Bresciatourism;

i) il 2 settembre 2014 tutti i documenti della procedura *de qua* venivano consegnati da Bresciatourism alla ricorrente, a seguito di istanza di accesso presentata da quest'ultima.

II. In diritto, nel ricorso introduttivo di Terramica si espongono al capo A le ragioni che militerebbero in favore della giurisdizione di questo Giudice amministrativo e si formulano al Capo B:

- in via principale, la censura di violazione del principio di pubblicità delle sedute di apertura delle buste contenenti le offerte economiche e delle norme che rispettivamente lo sanciscono, tra cui anche l'art. 89 R.D. 827/1924;

- e "*in subordine al primo motivo di ricorso, in sé del tutto assorbente*", la censura di ambiguità del bando e del modulo predisposti da Bresciatourism, la cui "*lettura in buona fede*" avrebbe "*condotto Terramica a ritenere che non fossero ammessi ribassi, ma al più la conferma del prezzo di euro 18.000*".

III. Si è costituita in giudizio Bresciatourism che in via pregiudiziale eccepisce il difetto di giurisdizione del G.A. e, altresì, l'inammissibilità del ricorso:

- per tardività, in quanto dall' <irrituale rilancio di offerta> effettuato da Terramica l'11 aprile 2014 si desumerebbe che la stessa era già edotta del fatto che la commissione non aveva invitato i concorrenti alle operazioni di scrutinio, nonché degli esiti dello stesso: donde la necessità di impugnazione della gara non appena preso atto dell'asserita violazione dei principi di trasparenza, e cioè nei 30 giorni successivi alla predetta data dell'11 aprile 2014;

- per acquiescenza, in quanto la suddetta proposta irrituale di rilancio si configurerebbe quale univoca volontà di non volersi dolere dell'assenza di pubblicità nelle sedute di gara;

- per mancata impugnazione della lettera di invito.

Bresciatourism conclude, poi, per la reiezione tanto della domanda cautelare quanto del ricorso nel merito.

IV. Ciò premesso, il Collegio osserva preliminarmente, che – ai fini della ravvisabilità della giurisdizione di questo Giudice – risulta decisiva la disposizione dello Statuto di Bresciatourism, richiamata da Terramica al menzionato capo A del proprio ricorso: e cioè l'art. 5.8, il quale stabilisce espressamente che "*in ogni caso, almeno il 51% del capitale sociale dovrà essere detenuto da Enti, Consorzi od organismi di diritto pubblico e/o a prevalente partecipazione pubblica*".

Ciò integra, infatti, il necessario requisito per l'inquadramento della stessa Bresciatourism quale organismo di diritto pubblico, ossia l'influenza pubblica dominante: come evidenziato anche da recenti arresti della giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Piemonte, sez. I, 12/06/2014, n. 1018), l'influenza pubblica dominante può alternativamente estrinsecarsi o in un finanziamento pubblico maggioritario o nel controllo pubblico della gestione ovvero nella designazione da parte di soggetti pubblici di più della metà dei componenti l'organo di amministrazione, direzione o vigilanza.

Stante la regola statutaria che assegna ai soggetti pubblici la maggioranza assoluta del capitale sociale, ricorre all'evidenza, nel caso di specie, l'anzidetto indice del controllo pubblico della gestione, cosicché Bresciatourism va qualificata quale organismo di diritto pubblico, come tale rientrante nell'ambito soggettivo perimetrato dall'art. 133 lett. e1) c.p.a.

A fronte di tale connotazione soggettiva, risulta di pari evidenza come in contrario non possano valere i profili di natura per così dire "oggettiva", rimarcati da Bresciatourism stessa nella propria memoria difensiva e volti a sottolineare, nella concezione e struttura dell'appalto *de quo*, la prevalenza de <gli elementi e le finalità di tipo privatistico (clienti/turisti quali destinatari dell'iniziativa; rilievo della pubblicità privata quale "fonte di sostentamento dell'appaltatore") rispetto alle finalità di interesse pubblico">.

L'eccezione di difetto di giurisdizione, proposta da Bresciatourism, deve, pertanto, essere disattesa.

V.1. Delle ulteriori eccezioni in rito sollevate da Bresciatourism nella propria memoria difensiva, è, invece, fondata quella di inammissibilità per intervenuta acquiescenza.

V.2. Invero, la proposta migliorativa della propria offerta, inviata per fax e raccomandata a.r. da Terramica a Bresciatourism, allorquando (11 aprile 2014) il termine per la presentazione dei preventivi era ampiamente scaduto (21 marzo 2014) sta inequivocabilmente a indicare come sia stata Terramica per prima a non ritenere che la peculiare procedura avviata da Bresciatourism dovesse essere governata dai principi e dalle modalità procedurali proprie delle procedure a evidenza pubblica.

Infatti, in tali tipi di procedure, perentorietà dei termini per la presentazione delle offerte e pubblicità della seduta in cui si procede alla loro apertura *simul stabunt, simul cadent*, stante:

- che il principio di pubblicità di apertura dei plichi ha senso solo se è riferito a offerte che debbano tutte tassativamente pervenire entro un limite temporale prestabilito
- e che entrambi tali canoni sono ispirati alla comune *ratio* di garantire trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, così come messa in luce dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2011 e ribadita dalla successiva Ad. Plen. n. 31 del 31 luglio 2012, che ha esteso alle procedure negoziate, con o senza previo bando, il principio dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte e i documenti richiesti.

V.3. Non solo: nella medesima nota 11 aprile 2014 Terramica ha – manifestamente ed *expressis verbis*, come si evince dal brano sopra riportato al punto I lett. g) – inteso svincolarsi anche dalle modalità formali di redazione del preventivo, giungendo ad offrire una erogazione in favore dell'affidante, laddove il modello predisposto da Bresciatourism chiedeva ai partecipanti di indicare il corrispettivo richiesto per lo svolgimento della fornitura *de qua*; con la conseguenza di trasformare la natura stessa dello stipulando contratto da passivo in attivo per Bresciatourism.

V.4. Inoltre, con il formale invito rivolto a Bresciatourism di prendere in debita considerazione tale nuova proposta, Terramica ha, dunque, inteso anche palesemente sostituire la propria precedente offerta, presentata in termini, con questa nuova, presentata fuori termine.

V.5. Tutto ciò delinea, da parte di Terramica, una concezione della procedura *de qua* come di una procedura sottratta alle regole dell'evidenza pubblica e interamente ispirata a uno schema concorrenziale puro, in cui a prevalere debba essere l'offerta migliore, indipendentemente dai tempi

e dai modi della sua presentazione, purché portata a conoscenza dell'interlocutore prima della sua decisione.

Quella dell'11 aprile 2014 è, in definitiva, la vera offerta economica che Terramica intende, quale soggetto imprenditore, sottoporre al soggetto richiedente e al confronto concorrenziale con gli altri partecipanti: e per ottenere tale risultato è disposta per prima a ignorare le regole (circa termini e modalità di presentazione), stabilite nella "richiesta di preventivo" di Bresciatourism.

Cosicché - una volta fuoriuscita unilateralmente dall'alveo dell'evidenza pubblica e avendo, dunque, posto in essere un comportamento complessivamente acquiescente alla mancata osservanza delle regole di quest'ultima - Terramica non può legittimamente dolersi *ex post* della mancata applicazione, da parte di Bresciatourism, delle suddette regole, tra cui quella della pubblicità delle sedute di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche.

V.6. E' a questo punto che si inserisce un ulteriore profilo di inammissibilità, discendente dai canoni processuali che richiedono la sussistenza delle condizioni dell'azione e della legittimazione.

La situazione di Terramica è, infatti, quella di un operatore economico che, una volta postosi volontariamente al di fuori della gara e delle sue regole, ne pretende, viceversa, lo scrupoloso rispetto al fine di ottenere una utilità meramente strumentale (la rinnovazione della gara) alla "rimessa in giuoco" dell'offerta che considera l'unica corrispondente alle proprie effettive esigenze imprenditoriali (si vedano le motivazioni sul punto, esplicitamente adottate nella lettera 11 aprile 2014) e tuttavia presentata in dispregio del termine perentorio e delle modalità prescritte (indicazione del corrispettivo richiesto per lo svolgimento del servizio).

Dunque, dopo aver presentato in termine un'offerta economicamente non competitiva con le altre e neppure coerente con le proprie necessità aziendali (di non frustrare gli investimenti effettuati nel pregresso svolgimento della fornitura), Terramica non esita a invocare, in questo giudizio, l'applicazione di principi e regole formali (di pubblicità e trasparenza) chiaramente pro-concorrenziali per ottenere una finalità e una utilità sostanzialmente anti-concorrenziali, consistenti, cioè, nel vanificare le offerte economicamente migliori correttamente presentate dagli altri partecipanti alla gara, onde consentire – in una nuova procedura che faccia seguito a quella di cui si chiede l'annullamento – la valutazione della propria successiva offerta, frutto di un radicale (ma tardivo) ripensamento gestionale (*"ci rendiamo infatti disponibili a rivedere completamente la logica sottostante alla richiesta di preventivo, proponendovi una soluzione che ci veda impegnati non solo nella realizzazione e nella distribuzione del Guestbook così come abbiamo fatto fin dalla sua nascita, ma anche a riconoscervi un corrispettivo pari a 2.000 €+iva annui per poter continuare a commercializzare gli spazi pubblicitari in esso inseriti"*, recita la lettera 11 aprile 2014).

V.7. Ebbene, una siffatta pretesa non può trovare protezione da parte dell'ordinamento processuale,

in quanto - come recentemente affermato dal Consiglio di Stato (sez. III, 1/09/2014, n. 4449, che richiama anche Ad. Plen. n. 4/2014) - *<<è noto che l'orientamento giurisprudenziale considera meritevole di tutela nelle pubbliche gare anche il solo interesse strumentale alla riedizione della procedura, ma ciò viene ammesso sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta e sempre che vi sia un interesse connesso ad un "indice di lesività specifico e concreto" (Cons. Stato, sez. III, 5.2.2014 n. 571; conforme sez. III 28.3/2014, n. 1498) non potendosi ammettere un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegato ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente.*

Ed infatti il criterio dell'interesse strumentale deve essere necessariamente contemperato con le peculiarità in fatto che caratterizzano la procedura di gara, non potendosi prescindere dalla verifica della cd. prova di resistenza con riferimento alla posizione personale della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime.

In altri termini l'eventuale interesse pratico alla rinnovazione della gara non comporta da solo la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso, atteso che tale interesse non si distingue da quello che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore che aspiri a partecipare ad una futura selezione.

Ed infatti (...) "...provare di essere in condizione di trarre, dall'esito favorevole del giudizio, una utilità, non significa provare di essere titolare di una posizione legittimante, la cui verifica, ai fini del preliminare accertamento dell'ammissibilità del ricorso, è ..una operazione che precede ed è... indipendente dalla stima della utilità che il processo è in grado di assicurare ", finendo diversamente a piegare "...l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica, di carattere generale, del rispetto della legalità, che il nostro ordinamento notoriamente non contempla" (Cons. Stato, sez. III, 5.2.2014 n. 571).>>

V.8. Nel caso in esame Terramica trarrebbe certamente dall'esito favorevole del giudizio l'utilità della rinnovazione della gara ma - per quanto sin qui esposto - essa non è affatto titolare di una posizione legittimante.

La conseguenza é che il primo motivo di ricorso deve essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta acquiescenza allo svolgimento della gara secondo regole non pubblicistiche e, altresì, per difetto di legittimazione di parte ricorrente alla sua proposizione.

V.8. Il secondo e subordinato motivo di ricorso è - oltre che parimenti inammissibile per difetto di legittimazione attiva, mirando ugualmente alla ripetizione della gara (cfr. secondo periodo di pag. 14 del ricorso) - infondato nel merito, in quanto:

- per un verso, la richiesta di preventivo (formulata il 20 febbraio 2014) conteneva l'espressa avvertenza della disponibilità degli uffici di Bresciatourism "per ogni necessità o informazione", per cui nel lasso di tempo di un mese, intercorrente tra detta richiesta e la scadenza del termine di presentazione delle offerte, Terramica avrebbe ragionevolmente potuto richiedere i chiarimenti del caso a detti uffici e riceverli in tempo utile per la corretta redazione dell'offerta;

- per l'altro, essendo Terramica il soggetto gestore della pubblicazione Guestbook sin dal 2010 appare implausibile che essa possa avere totalmente frainteso le modalità di formulazione dell'offerta medesima, relativa a una fornitura che conosceva bene e meglio delle altre ditte invitate.

VI. Per le considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto, siccome inammissibile per difetto di legittimazione attiva, nonché infondato quanto al secondo motivo di ricorso.

Le spese di lite possono, tuttavia, essere interamente compensate tra le parti attesa la evidenziata peculiarità della vicenda dedotta in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo **RESPINGE** siccome inammissibile nel suo complesso per difetto di legittimazione attiva, nonché infondato nel merito quanto al secondo motivo.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)